

Correção Jurisprudencial de Leis Injustas

ÁLVARO HENRIQUE TEIXEIRA DE ALMEIDA

Juiz de Direito do TJ/RJ. Professor de Direito Civil da

Faculdade de Direito de Campos

“Pergunto aos juízes do meu País: o que faríeis perante uma lei que, invocando supostas razões de Estado, instituísse a prostituição obrigatória de nossas filhas e de nossas mulheres, ou que, em nome de pretensos motivos eugênicos, decretasse a mutilação de nossos filhos? Eu procederia exatamente como vós. Se fosse juiz, recusar-me-ia também, apoiado na Constituição, a colaborar em tão monstruosa iniquidade.”

1. Apresentação do tema - A indagação acima transcrita, formulada pelo jurista JOSÉ CARLOS MOREIRA¹, exterioriza uma situação que, indubitavelmente, ante a monstruosidade que revela, inquieta o espírito, na medida em que a simples cogitação do advento de uma lei nos moldes imaginados, nos faz experimentar uma sensação de repugnância e revolta.

E tais sentimentos afloram por força de uma reação do espírito contra a injustiça que esta hipotética lei encerra.

Com efeito, a hipótese imaginada se apresenta adequada a ilustrar e exemplificar este nobre sentimento humano, que é a aversão a injustiça.

E assim é, pois, em sua eterna busca pela felicidade, o bem maior que o homem almeja alcançar é a justiça, razão pela qual tudo aquilo que obsta o alcance de tal objetivo é em seu íntimo, repudiado.

Frente a tais considerações, perguntar-se-ia, por consequência, em caráter preliminar, o que é a justiça, este bem maior que o homem tanto anseia e que tanto inquieta seu espírito quando não alcançada ou violada.

Tal indagação persegue o homem em toda a sua história. “Nenhuma outra questão foi tão passionavelmente discutida; por nenhuma outra foram derramadas tantas lágrimas amargas, tanto sangue precioso; sobre nenhuma

¹ Oração de Sapiência (na abertura solene da Universidade no ano lectivo de 1957-1958), Boletim da Faculdade de Direito, 1958, Vol. XXXIV, p. 16.

outra, ainda, as mentes mais ilustres - de Platão a Kant - meditaram tão profundamente. E, no entanto, ela continua até hoje sem resposta. Talvez por se tratar de uma dessas questões para as quais vale o resignado saber de que o homem nunca encontrará uma resposta definitiva; deverá apenas tentar perguntar melhor”².

O presente trabalho não tem por escopo adentrar em tão complexa questão filosófica. O registro acima consignado, que exterioriza o pensamento de KELSEN quanto a certeza de que o homem jamais encontrará uma resposta definitiva sobre esta difícil questão pertinente à conceituação da justiça, faz-se relevante, em nossos estudos, na medida em que nos leva à conclusão de que, sendo impossível conceber uma definição única e verdadeira sobre o que realmente vem a ser a justiça, tal impossibilidade, por consequência lógica, também se estende ao seu antônimo: a injustiça.

De fato, se as fórmulas conceituais de justiça se apresentam vazias³, por suas imperfeições, igualmente as são as que tentam demonstrar o que é a injustiça.

Neste passo, se não se sabe o que é justo ou injusto, como qualificar um fato, uma situação ou mesmo uma lei como justa ou injusta? Como alcançar o bem maior - a justiça -, que o homem tanto almeja, se não sabe efetivamente o que é?

As questões postas se apresentariam sem solução, intransponíveis mesmo, se não fosse pelo fato de o homem possuir, em sua essência, um mecanismo natural de defesa, que lhe assola o espírito e, por consequência, o faz reagir frente a uma situação de injustiça.

Com efeito, o homem não sabe definir a justiça, mas sente a injustiça.

A injustiça é sensorial, é experimentada, é fato gerador da inquietação do espírito; provoca reação, alimenta a luta pela justiça, pois embora o homem não saiba defini-la, sabe, por sentir, que seu espírito só encontra repouso no seio da justiça e que ela somente é alcançada após o extermínio daquilo que o inquieta, que o incomoda e o transtorna - a injustiça.

² Hans Kelsen, *O que é justiça?*, São Paulo, Ed. Martins Fontes, 1977, p.1.

³ A expressão “fórmulas vazias da justiça” é empregada por Hans Kelsen, em sua ob. supracitada, pp.14/18, justamente para exteriorizar as dificuldades de se construir um conceito de justiça ante a impossibilidade de se responder, com objetividade e sem divergências, sobre o que é justo, culminando o jurista alemão por concluir o seu artigo, após a análise crítica de vários posicionamentos a respeito de tal questão, de se encontrar absolutamente ciente de não ter respondido à indagação pela qual iniciou o seu ensaio - o que é justiça?

Desta forma, a ausência de conceitos unívocos e inquestionáveis sobre o que é a justiça não impede a luta do homem pela sua conquista, levando-o, por consequência, a reagir frente a uma situação, fato ou mesmo uma lei injusta.

Esta reação se dá, como é óbvio, em menor ou maior intensidade, dependendo das especificidades de cada indivíduo, mas, como já restou consignado, o que a provoca é a violação do bem maior que o homem almeja alcançar e assegurar- a justiça. Assim sendo, se um fato, ou mesmo uma lei, inquieta o espírito, por contrariar o sentimento ético da generalidade das pessoas, ante a mácula da injustiça, deve a mesma ser repudiada, para aquietação do espírito e restabelecimento da justiça.

Não foi por outro motivo, pois, que o professor coimbrão, ao responder a pergunta por ele próprio formulada, o fez com uma afirmativa no sentido de que agiria da mesma forma que todos os seus ouvintes, ciente, de antemão, de que todos comungavam do seu pensar, e assim procedeu ante a certeza da existência da injustiça, por exteriorizar aquela hipotética disposição legal um comando contrário ao sentimento ético da generalidade das pessoas, inquietando o espírito e provocando a reação para o restabelecimento da justiça.

Em que pese o extremismo do exemplo, unimaginável de ser concretizado no seio das sociedades contemporâneas, estruturadas sob as diretrizes de um Estado de Direito, a verdade é que se apresenta tal exemplo apto a demonstrar o sentimento de aversão que uma lei iníqua pode provocar nos corações dos homens.

E tal aversão é de tamanha grandeza que outra consequência não poderia advir que não a aniquilação desta lei por inevitável rejeição de sua aplicabilidade. Como assevera SABATÉ, *“La iniquidad no tiene absolución. Si hay alguna ley inicua, cuya maldad resulta también evidente, no hay ni principio de justicia ni principio de orden que la salve. Esa ley no debe ser aplicada”*⁴.

⁴ Edgardo Fernández Sabaté, *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1984, p. 225. Ainda sobre lei iníqua, aduz o autor que “el órgano legitimado para oponerse a una tal ley es cualquier ciudadano, siempre que no incurra en temeridad, la cual no es valentía sino estupidez. Los legisladores deben derogarla al punto, los jueces declararla inicua. El misterio de iniquidad ya está obrando en el mundo, dice San Pablo. Quien conozca la historia sentira que a veces la iniquidad es tangible y llena el corazón de angustia”.

Com efeito, ante a manifesta iniquidade de uma lei, tal como a observada no exemplo do professor lusitano ou a encontrada numa suposta lei que estabelecesse a escravidão ou excluísse da educação primária certa categoria de pessoas por razão de raça ou outros casos análogos, outra solução possível não se vislumbra senão a inaplicabilidade de tais leis, até porque não resistem as mesmas a uma superficial análise quanto a constitucionalidade.

De fato, as Constituições dos Estados contemporâneos, notadamente as do mundo ocidental, estruturadas sob uma ordem democrática e voltadas para a efetiva concretização dos princípios que exaltam os direitos fundamentais do homem, obstam qualquer possibilidade de serem absorvidas pelos respectivos ordenamentos jurídicos sobre os quais imperam, leis manifestamente iníquas, ante o estabelecimento de mecanismos de proteção aos princípios por elas consagrados, já que possível a rejeição de tais leis por declaração de inconstitucionalidade.

Os tribunais portugueses, por exemplo, por força de influência do direito americano, podem, desde 1911, apreciar a inconstitucionalidade das leis e têm mesmo o dever de não aplicar quaisquer normas jurídicas contrárias à Constituição ou aos princípios nela consignados⁵.

O ordenamento jurídico brasileiro não se apresenta como exceção, eis que possível se faz também, pelos tribunais, o controle da constitucionalidade das leis, seja através do conhecimento de uma “ação direta de inconstitucionalidade”, de competência do Supremo Tribunal Federal, seja pelo controle indireto, exercido pelos juízes, frente ao caso concreto. Assim sendo, é possível o entendimento, por parte dos juízes de primeiro grau, quanto a inconstitucionalidade de um dispositivo de lei, no âmbito da ação que analisa.

Neste passo, pacífico o entendimento da possibilidade da rejeição de uma lei, pelo intérprete aplicador do Direito, quando essa mesma lei afrontar o texto constitucional, violando os princípios nele consagrados.

Em assim sendo, parece-nos que mesmo entre os mais ardorosos positivistas, dúvidas não existem quanto a tal possibilidade, notadamente quando manifesta a iniquidade que a lei encerra, como nos exemplos acima citados.

⁵. Cf. José Carlos Moreira, ob. cit., p.15.

O problema da lei injusta se apresenta relevante e se constitui efetivamente em objeto de inflamada discussão, nos casos em que a injustiça que macula a lei não é manifesta ou generalizadamente sentida, mas, pelo contrário, só se faz realmente sentir frente a um determinado caso concreto ou por força de circunstâncias especialíssimas, como no caso de desassociação entre a lei e a realidade social, em razão do “envelhecimento” da norma.

Nestas hipóteses, a rejeição da lei não se pode operar sob o amparo da arguição de sua inconstitucionalidade, pois, *a priori*, ou ao menos visivelmente, a mesma efetivamente não é contrária às diretrizes da Constituição, fato que por si só, no entanto, não impede que a solução pela norma apontada se apresente injusta para aquele certo e determinado caso em análise.

É o caso, por exemplo, das leis que o filósofo argentino SABATÉ denominou de “leis injustas em particular”, pois em que pese o fato de serem justas de uma maneira geral, a aplicação das mesmas em alguma situação particular gera um resultado injusto⁶.

Com efeito, nestas hipóteses, as divergências doutrinárias são mais intensas e profundas, porque, partindo da questão “injustiça de uma norma”, desdobra-se o debate em outras questões afins, como o papel do juiz, seu dever de obediência à lei e a imperiosa e inafastável necessidade de se assegurar a chamada “segurança jurídica”.

Em assim sendo, a singela pergunta que bem resume a problemática em questão - *O justo é o legal?* - toma contornos de alta indagação filosófica, notadamente porque não se pode ignorar que a referida questão se constitui, em verdade, em um óbice à realização do Direito sob a ótica das tradicionais diretrizes adotadas pelo formalismo e positivismo.

Como nos esclarece o professor MENEZES CORDEIRO, em seu trabalho introdutório à obra de CANARIS, “o juspositivismo detém-se perante a questão complexa mas inevitável das normas injustas. Desde logo, a idéia de “injustiça” duma norma regularmente produzida é de difícil - quicá impossível - representação para as orientações que, do *jus positum*, tenham

⁶ Edgardo Fernández Sabaté, ob. cit., p. 224. Ao dissertar sobre o tema, assevera o jurista que “hay leyes que son justas en general, pues el legislador ha hablado en términos muy comunes y no ha previsto alguna situación particular en la cual su aplicación al pie de la letra es injusta”.

uma concepção auto-suficiente: falece uma bitola que viabilize o juízo de “injustiça”. De seguida, falta, ao positivismo, a capacidade para, perante injustiças ou inconvenientes graves no Direito vigente, apontar soluções alternativas”⁷.

Da lição do eminente professor da Universidade de Lisboa extraem-se, desde já, duas considerações que se apresentam relevantes. A primeira é a que se refere à adjetivação dada ao tema, pois ao tratar a questão das normas injustas como “questão complexa”, revela-nos o jurista a dificuldade existente para o encontro de soluções uniformes para o problema que tal questão encerra, o que nos autoriza, antecipadamente, a desculpar-nos pela deficiência deste trabalho que não possui, em hipótese alguma, a pretensão de abordar tão complexo tema em toda a sua inteireza. A segunda consideração é que a dificuldade encontrada pelas posturas formalistas e positivistas no trato da questão ora em pauta, que nos revela a insuficiência das mesmas perante as necessidades da efetiva realização do Direito, não se constituem, em absoluto, na impossibilidade desta realização, pois esta não se detém: obrigado, pela proibição do *non liquet*, a decidir, o julgador encontrará sempre uma qualquer solução⁸.

Partindo-se, pois, da necessidade inafastável de se apresentar uma solução, chegamos ao cerne da discussão ou ao núcleo do problema, que se refere justamente ao posicionamento do intérprete frente à norma injusta e à natureza da solução pelo mesmo a ser adotada.

O presente trabalho tem por escopo, pois, apresentar, despretensiosamente, algumas considerações a respeito da questão das normas injustas e o respectivo tratamento que às mesmas deve ser dispensado pelo intérprete aplicador do Direito.

E este tratamento, entendemos, deve ser, sempre, rigorosamente científico. O Direito é uma ciência e, como tal, deve ser analisado, estudado e aplicado, pois somente enquanto ciência é que o Direito nos diz o que é justo ou injusto.

Com efeito, o Direito é, em primeiro lugar, uma ciência, embora secundariamente seja, também, uma técnica destinada a alcançar umas coisas

⁷ Introdução à edição portuguesa da obra de Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 2.^a ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, pp. XXII/XXIII.

⁸ Cf. Menezes Cordeiro, *ibidem*.

e a evitar outras, sendo certo constituir erro grave considerar como principal o aspecto técnico, sendo maior erro ainda julgar o Direito unicamente como uma técnica. E como técnica é que as orientações positivistas (sobretudo na sua forma legalista) encaram o Direito, concepção esta, que leva a uma tecnização do Direito pela qual o homem é uma *res* como outra qualquer, resultando daí o “totalitarismo da lei”, em detrimento do homem⁹.

Não se nega que o aspecto técnico que o Direito encerra tem a sua importância, mas o que é inadmissível é deixar tal aspecto se sobrepor ao científico, que deve sempre preponderar, por ser o que verdadeiramente revela a essência do Direito.

Sobre o tema refletiu SEBASTIÃO CRUZ, lecionando o romanista português que “segundo se deduz dos dois fragmentos de ULPIANUS¹⁰, o Direito tem, por conseguinte, um aspecto científico e um aspecto técnico. O saber-jurídico é, pois, algo complexo - ciência e técnica. O Direito, como ciência, diz-nos *o que* é justo ou injusto; como técnica, ensina-nos *o como*; diz-nos *como* alcançar o justo e *como* evitar o injusto; *como* obter para os indivíduos e para a colectividade a máxima *utilitas* compatível com a convivência humana, já que o Direito aparece introduzido (é preciso nunca perder isto de vista!) *pro utilitate hominum*. As leis são feitas para o homem e não foi o homem feito para as leis”¹¹.

E foi com o pensamento voltado para a cientificidade do Direito que desenvolvemos as breves considerações contidas nesse nosso modesto trabalho, através do qual procuramos demonstrar que o Direito, enquanto Ciência, não se confunde com o direito legislado, sendo certo ainda que, como assevera RICARDO PEREIRA LIRA¹², “o direito justo não se exaure na positividade da lei”, tornando-se possível, pois, no processo da realização do Direito, por uma interpretação criativa, encontrar soluções que permitem a correção das normas injustas, afastando a iniquidade que resultaria da

⁹ Cf., Sebastião Cruz, *Direito Romano*, 4ª ed., Coimbra, 1984, v. I, pp. 283-4.

¹⁰ Citado por Sebastião Cruz, que reproduz os fragmentos no original, apresentando, ainda, notas quanto às traduções (ob. cit., p. 281): - (*lib. I Regularum*), D. 1,1,10,2: *Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia [,] iusti atque iniusti scientia*. (A *iurisprudentia* é a ciência do justo e do injusto, tendo como pressuposto certas coisas divinas e certas coisas humanas). - (*lib. I Institutionum*), D. 1,1,1pr.: *Ius est <etiam> ars boni et aequi*. (O Direito é (também) arte (técnica) do bom e do equitativo).

¹¹ Ob. cit., p.284.

¹² *A Aplicação do Direito e a Lei Injusta*, Quaestio Iuris, Revista Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, maio/agosto 1997, v. 2 (Seção Temática).

mesma, em caso de aplicação nos moldes consagrados pelas construções tradicionais ditadas pelo formalismo e positivismo.

E justamente por essas construções tradicionais não apresentarem solução para a problemática pertinente à questão das normas injustas é que optamos por iniciar nossos estudos com breves comentários a respeito dos óbices do positivismo e formalismo, passando, a seguir, a dissertar a respeito da “missão de julgar”, em que procuramos demonstrar o relevante papel social do julgador e a importância de sua independência para o bom cumprimento de seu encargo de distribuir a justiça através da realização do Direito efetivada mediante uma interpretação criativa. Numa quarta etapa, a questão das normas injustas é analisada sob as luzes da Ciência do Direito, oportunidade em que, procuraremos demonstrar, sucintamente, quanto à real possibilidade de incidência de uma norma que se apresenta injusta e, por conseguinte, a possibilidade de ser a mesma rechaçada pelo intérprete através da realização do Direito estruturado cientificamente, ante o sistema que informa a ciência jurídica. Por derradeiro, trazemos, a título de conclusão, decisões de Tribunais que bem exemplificam a possibilidade da correção jurisprudencial das leis injustas, fazendo-se necessário anotar que a pesquisa jurisprudencial foi realizada tão somente tendo em linha de conta o ordenamento jurídico brasileiro.

Sem grandes pretensões, esta é, pois, a proposta de nosso trabalho.

2. Os óbices do positivismo e formalismo - Para o positivismo jurídico a questão da justiça está além do Direito, pois este, em verdade, identifica-se com a ordem normativa dominante, produzida ou reconhecida pelo Estado. E essa ordem, que traduz segurança, estabilidade, corporifica uma justiça possível. O Direito, assim visto, restringe-se, pois, ao direito legislado.

Nesta concepção, pois, a questão da justiça se apresenta como questão metajurídica ou essencialmente filosófica¹³, eis que tal questão se consubs-

¹³ Sobre o tema, Menezes Cordeiro, ob. cit., pp. XIII/XIV, baseando-se em T. Tsatsos (*Zur Problematik des Rechtspositivismus*, 1964, 9-11), assevera que “os positivismos jurídicos, seja qual for a sua feição, compartilham o postulado básico da recusa de quaisquer “referências metafísicas”. O universo das “referências metafísicas”- ou “filosóficas”(HECK) - alarga-se com a intensidade do positivismo: são, sucessivamente, afastadas as considerações religiosas, filosóficas e políticas, num movimento que priva, depois a Ciência do Direito de vários de seus planos. No limite, cai-se na exegese literal dos textos, situação comum nos autores que consideram intocáveis as fórmulas codificadas(...)”.

tância em preocupação exclusiva dos filósofos, pois é vedado ao jurista o exame da razoabilidade da norma estatal. Ao jurista cabe aplicar a regra, ainda que inadequada, ultrapassada ou mesmo arbitrária...Enfim, o juiz deve aplicar a lei, ainda que convencido da injustiça da solução por ela ofertada.

Nesta linha de pensamento, por exemplo, situa-se a construção formulada pelo jurista italiano GIORGIO DEL VECCHIO, pois procurando um fundamento racional do Direito, quando disserta sobre o respeito da legalidade e a luta pela justiça assevera que “o intérprete, antes de tudo, ater-se-á à lei *como ela é*, e não à lei *como ela deveria ser* segundo certos princípios. O contrário comprometeria a unidade do sistema jurídico, levando a confundir o *jus conditum* e o *jus condendum*, a função do juiz com a do legislador, e roubando assim ao direito positivo aquela certeza que ele, como tal, não pode dispensar”¹⁴.

Mais adiante o jurista italiano reconhece que o sistema jurídico frente ao positivismo é só aparentemente fechado, pois tem, na realidade, as suas válvulas, os seus meios naturais de renovação, transformação e crescimento, ante a larga margem de arbítrio que as formulações do direito positivo deixam ao intérprete que, no entanto, jamais poderá desconhecer a elementar exigência de, mesmo perante ordenamentos injustos, dever primeiro recorrer-se a esses meios, de preferência a querer destruir de ânimo leve, algo que dificilmente se pode construir.

Em conclusão afirma DEL VECCHIO: “onde, porém, aliás, todos os meios possíveis, a fim de conseguir realizar uma certa justiça dentro do âmbito e na forma da legalidade, se revelarem insuficientes, nesse caso a crise de consciência do juiz só poderá, nos casos mais graves, achar uma solução: renunciar ao ofício”¹⁵.

Deste posicionamento não diverge FRANCESCO FERRARA que, em sua obra *Interpretação e Aplicação das Leis*¹⁶, nega a possibilidade da lei inobta ser rechaçada pelo intérprete aplicador do Direito.

Afirma o jurista que “decerto o juiz nem sempre pode dar satisfação às necessidades práticas, limitando-se a aplicar a lei; alguma vez se encontrará

¹⁴. *Lições de Filosofia do Direito*, 5ª ed., Coimbra, Arménio Amado - Editor, sucessor, Coimbra, 1979, pp. 587-8.

¹⁵. *ibidem*

¹⁶. 4ª ed., Coimbra, Arménio Amado - Editor, sucessor Coimbra, 1987.

em momentos trágicos de ter de sentenciar em oposição ao seu sentimento pessoal de justiça e equidade, e de aplicar leis *más*. Tal é, porém, o seu dever de ofício. Na reforma das leis, na produção do direito novo, pensam outros órgãos do Estado: ele não tem competência para isso”¹⁷.

Aduz ainda FERRARA, baseando-se em HELLWIG (*Lehrbuch*, I, pág.155), que “só com esta condição se pode alcançar aquela objetiva segurança jurídica que é o bem mais alto da vida moderna, bem que deve preferir-se a uma hipotética proteção de exigências sociais que mudam ao sabor do ponto de vista, ou do caráter, ou das paixões do indivíduo. Esta é a força da justiça, a qual não é lícito perder, se não deve vacilar o fundamento do Estado; mas esta é também a sua fraqueza, a qual nós devemos pagar, se quisermos obter a inestimável vantagem de o povo nutrir confiança em que o direito permaneça direito”¹⁸.

Como se observa, tais pensamentos afastam o Direito da justiça e esta construção teórica, que se consubstancia no formalismo legal, foi agravada pela influência, ainda hoje muito forte, de HANS Kelsen.

Com efeito, não se apresentaria lícito neste quadro de considerações positivistas olvidarmo-nos de HANS Kelsen, teórico nascido em Praga e que realizou seus estudos e desenvolveu suas teorias em Viena.

E a menção ao jurista se faz não só pela importância de sua obra, como também, e particularmente, face à profunda influência da mesma no Brasil e em toda a América Latina.

A importância da obra de Kelsen é unanimemente reconhecida por juristas de todo o mundo, sendo inegável a contribuição dada pelo mesmo, muito importante, para que a Constituição penetrasse no mundo jurídico, com a mesma força que existia no mundo político.

Com efeito, “prosseguindo na linha desenvolvida por vários juristas alemães, que procuraram enquadrar juridicamente as ações do governo e da administração pública - do que resultou a Teoria Geral do Estado, de Georg Jellinek - Hans Kelsen desenvolveu uma teoria constitucional tendo por base a Constituição como lei fundamental e suprema do Estado. E complementando essa teorização, preocupou-se com a efetiva aplicação das normas constitucionais como superiores e condicionantes de toda a legislação. A

¹⁷ Ob. cit., p.174.

¹⁸ *ibidem*.

contribuição político-jurídica de Kelsen completou-se com sua influência para a criação e a fixação das competências de uma Corte Constitucional”¹⁹.

Apesar da importância dessa contribuição, esclarece-nos DALMO DE ABREU DALLARI, professor da Universidade de São Paulo que, no entanto, “o que se divulgou na América Latina, inclusive no Brasil, foi sua concepção “normativista” do direito, defendida e aplicada de modo apaixonado por juristas e profissionais do direito, muitos dos quais se revelaram mais radicais do que o autor da teoria. De qualquer modo, criou-se e ainda se mantém um “Kelsenismo” que exerceu e continua exercendo grande influência (...)”²⁰.

Leciona ainda o mencionado professor que, “pretendendo “purificar” o pensamento jurídico e livrá-lo das antigas especulações filosóficas abstratas, bem como da influência então crescente da sociologia, Kelsen construiu uma “teoria pura do direito”, ou teoria normativa, que afastou os fundamentos filosóficos e sociais e reduziu o direito a uma simples forma, que aceita qualquer conteúdo. Esse aspecto é contraditório na obra de Kelsen, pois em sua teoria, o fundamento primeiro do direito é uma “norma fundamental hipotética” que, segundo ele próprio, poderia ser a idéia de justiça. A partir daí se definem regras básicas para a sociedade, que compõem uma “constituição teórica”, a qual, por sua vez, será o fundamento da “constituição positiva”, que deve ser formalmente declarada e aprovada. O que não estiver nela ou for contra ela não existe para o direito e, por consequência, todo o direito se resume ao direito positivo”²¹.

Para os adeptos dessa linha de pensamento o direito se restringe ao conjunto de regras formalmente postas pelo Estado, seja qual for o seu conteúdo, resumindo-se nisso o chamado positivismo jurídico que tem sido praticado em vários países europeus e em toda a América Latina. “Desse modo”, conclui o renomado professor paulista, “a procura do justo foi eliminada e o que sobrou foi um apanhado de normas técnico-formais, que, sob

¹⁹. “Dalmo de Abreu Dallari, *O Poder dos Juízes*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1996, p.82.

²⁰. ob. cit., p.82.

²¹. *ibidem*.

a **aparência de rigor científico**, reduzem o direito a uma superficialidade mesquinha”²².

Do exposto, constata-se que, efetivamente, sob a ótica do formalismo e do positivismo, a problemática pertinente à questão das normas injustas não encontra solução, o que revela a insuficiência de tais construções, insuficiência essa de natureza grave, o que autoriza a perpetuação de situações injustas, acobertadas sob a aparência da legalidade.

3. A missão de julgar - Registra a história que a missão de julgar sempre foi entendida pelos mais diversos povos da antiguidade como a mais nobre de todas as missões, de tal modo que a ligaram, geralmente, à liturgia cultural e à invocação da vontade dos deuses. Como nos esclarece SOARES MARTÍNEZ “não haveria julgamentos válidos que não fossem presumivelmente do agrado da divindade. Por isso, o juiz - chefe, feiticeiro, rei, ou seu delegado - havia de ser ungido do Senhor, que, através dessa unção, materialmente realizada pelos sacerdotes de maior grau hierárquico, lhe comunicaria as virtudes cardeais de que carecia para julgar. A exigência parece justificada pelas qualidades que hão de concorrer no julgador e pelas responsabilidades que sobre eles impendem”²³.

Com efeito, a nobre missão de julgar, ante a incomensurável responsabilidade que da mesma emana, sempre foi, pelos povos antigos, considerada como missão outorgada pelo divino, daí o porquê de se afirmar que, historicamente, o direito não nasceu da justiça, mas brotou da idéia de religião, e não era concebido fora desse âmbito²⁴.

E tanto era assim que a missão de julgar era confiada aos religiosos. Durante muito tempo, em Roma, por exemplo, os pontífices foram os únicos juriconsultos, sendo as leis coisa sagrada. “Mesmo na época em que se admitiu que a lei pudesse resultar da vontade de um homem, ou dos sufrágios de um povo, ainda então se considerou indispensável a consulta da religião, e que esta, pelo menos, autorizasse. Em Roma não se acreditava na unanimidade de sufrágio como suficiente para promulgar a lei: tornava-se

²² *ibidem* - o grifo é nosso.

²³ *Filosofia do Direito*, 2ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1995, p. 701.

²⁴ Cf. Fustel de Coulanges, *A Cidade Antiga*, 3ª ed., São Paulo, Martins Fontes Ed. Ltda., 1995, pp. 196-203.

ainda necessário ter sido aprovada a decisão do povo pelos pontífices, e que os áugures atestassem a sanção dos deuses pela lei proposta”²⁵.

Com a evolução do pensar jurídico, operou-se a desassociação entre o direito e a religião ou, por outros termos, a laicização do primeiro, mas isto não quer dizer, em absoluto, que se retirou da missão de julgar a dignidade e nobreza que sempre lhe foi inerente e tampouco se liberaram os julgadores da responsabilidade do seu mister.

Pelo contrário! Com a exclusão do fator religião, antes considerado como único pilar de sustentação da validade dos julgamentos, avulta a responsabilidade do julgador perante seus semelhantes, já que o mesmo não poderá mais se escudar na “vontade dos deuses” para justificar eventuais iniquidades de suas decisões.

Ademais, inegável é a natureza social do homem, não sendo por outro motivo, pois, que Aristóteles o definiu como um animal político, uma vez que o viver em sociedade é uma exigência de sua própria natureza, de sua própria essência. Esse “viver em sociedade” se traduz numa verdadeira relação de dependência, que Dürkheim chamou solidariedade, pois o homem, impotente para, por si só, preencher todos os seus fins ou satisfazer as suas múltiplas necessidades, vê-se forçado a procurar a cooperação dos outros homens²⁶.

Neste contexto, a missão de julgar se consubstancia num dos mais nobres meios de cooperação, pois cabendo ao julgador a incomensurável responsabilidade de aplicar o Direito, distribuir e concretizar a Justiça, compete a ele, no seu ofício de solucionar conflitos, promover a pacificação social, conferindo à toda sociedade, a ordem, a tranquilidade, o equilíbrio e a paz, elementos indispensáveis para a conquista do objetivo comum a todos os homens: a felicidade.

Com efeito, “em todos os tempos a felicidade dos povos mais dependeu da justiça na apreciação dos méritos e deméritos de cada um do que das glórias e da prosperidade. Porque mais facilmente se suportam as adversidades, quando o equilíbrio dos julgamentos parece comum, do que os agravos não reparados, no meio de todos os esplendores”²⁷.

²⁵ Fustel de Coulanges, ob. cit., p. 199. Em nota explicativa o autor, citando Dionísio, esclarece-nos que “a regra, muito rigorosamente observada no primeiro século da república, desapareceu mais tarde, ou mesmo foi suprimida”.

²⁶ Cf. José Carlos Moreira, ob. cit., p.2.

²⁷ Soares Martínez, ob. cit., p. 701.

E para obtenção deste inarredável “equilíbrio dos julgamentos”, exige-se daqueles que detêm o poder de julgar qualidades pessoais que superam o mero conhecimento das leis. A missão de julgar “implica, conforme sempre o entendeu a doutrina tradicional, virtudes pessoais, resolução, serenidade, fortaleza de ânimo, amor da verdade, desinteresse, magnanimidade, que não intimidem os julgadores frente às pressões dos poderosos, sem excluir as dos próprios príncipes”²⁸.

E assim é e tem que efetivamente ser, pois, como noticia SOARES MARTÍNEZ “a experiência histórica, tanto remota como recente, mostra que as sociedades mais freqüentemente são abaladas pela desonestidade, pela ignorância da vida e das reações comuns dos homens, pelas debilidades de senso, dos julgadores, do que pela sua falta de cultura especializada. O juiz menos sabedor, mas reto, dotado de sensibilidade, dominado por um ideal de bem proceder, não destituído de espírito lógico, acaba, através de um trato mais ou menos longo com o ambiente das lides, por suprir as carências de conhecimento. O juiz sabedor das leis, mas movido por sentimentos vis, ou mesquinhos, será tentado a pôr a própria ciência a serviço da sua iniquidade, que, por isso, melhor saberá esconder. Em consequência, mais interessará à conservação das sociedades que se cuide da retidão do que da sabedoria daqueles a quem é confiada a missão de julgar, cuja nobreza corre necessariamente paralela com as qualidades morais”²⁹.

Vê-se, pois, que a história registra a imperiosa necessidade que os povos têm de confiar nos seus juízes, o que reclama deles excepcionais qualidades que efetivamente lhes proporcione meios de concretizar o seu verdadeiro mister, qual seja, o de perseguir o justo, o de realizar a justiça.

E, para tanto, como visto, não basta ao juiz ser detentor tão somente de cultura jurídica. O juiz deve ser um homem de seu tempo, sensível aos reclames sociais, profundo conhecedor da realidade que o cerca, ouvidor dos anseios do povo, defensor do Direito, que é o objeto da justiça³⁰ e com

²⁸ Soares Martínez, ob. cit., p. 703.

²⁹ Ob. cit., p. 710.

³⁰ Cf. São Tomás, *Tratado da Justiça (Texto constante de Summa Theologica)*, Porto, RÊS - Editora Ltda., pp. 5-7. Assevera S. Tomás, quando de suas reflexões *se o direito é objeto da justiça* que “a justiça apresenta como característica, entre outras virtudes, o ordenar o homem em tudo o que se refere aos outros. O que supõe uma certa igualdade, como o demonstra o mesmo nome. Pois é costume chamar-se “ajustar” ao adequar duas coisas; é que a igualdade refere-se sempre aos outros. Todas as outras virtudes aperfeiçoam o homem naquilo que lhe corresponde em si mesmo. Por isso julgamos o que está correto nas outras virtudes, segundo aquilo que essas virtudes têm como objeto próprio, e encontramos sempre o objeto no que convém ao próprio agente. Em vez de, ao falarmos das obras da justiça, nos fixarmos

a lei não se confunde.³¹ Enfim, o juiz deve voltar a sua atenção para o justo. A simples aplicação da lei não é sua atividade fim. A missão de julgar tem por escopo a concretização da justiça.

Não é por outro motivo, pois, que as leis antigas, até o século XVIII, costumavam recordar, insistentemente, quanto cumpria ao juiz, para que fosse justo,³² o que nos revela não ser nova a idéia de que a missão de julgar não se reduz ao conhecimento da lei.

“Uma visão positivista e de estrito legalismo reduzirá a missão de julgar ao conhecimento das normas aplicáveis e dos princípios na base dos quais essas normas hão de ser interpretadas e completadas, relativamente às zonas lacunares que, porventura, elas não abranjam em termos diretos”³³.

Tal concepção, com efeito, obsta o alcance da justiça, único fim da missão de julgar, pois reduz os julgadores à condição de funcionários, na medida em que dos mesmos se exige tão somente a observância das normas legais, para o que seria indispensável apenas a cultura jurídica, reduzida, por vezes, a uma técnica³⁴.

Ora, a referida visão positivista e de estrito legalismo, ainda hoje por muitos abraçada, apresenta-se equivocada e não resiste a um exame mais aprofundado quando confrontada com a “verdadeira missão de julgar” e com o “verdadeiro saber jurídico”.

E se diz que tal visão sucumbe frente ao “verdadeiro saber jurídico”, pois ela reduz o objeto de estudo do Direito a uma simples técnica, como dito,

apenas em se é conveniente ao sujeito, devemos atentar também em que o seja para os demais. Pois, costumamos chamar obra justa àquela que responde a perguntas de outro; por exemplo, o dar um salário justo por um serviço prestado. Por isso chamamos justo àquilo que mostra a retidão da justiça, e para o qual tende a ação justa; e isso ainda quando não atendamos ao modo como o sujeito atua. Pelo contrário, nas outras virtudes apenas considerarmos correto aquilo que o sujeito faça de determinada maneira. Por isso, o objeto da justiça fica determinado pelo que é em si justo, ou seja, pelo direito, a diferença das outras virtudes. Portanto, é claro, que o direito é objeto da justiça”.

³¹ Cf. Menezes Cordeiro, *Estudos de Direito Civil*, Coimbra, Livraria Almedina, v.I, p. 236. Vide também São Tomás, *ibidem*, pois assevera o Santo: (...) Portanto, a lei não é o direito em si mesmo, para falarmos com precisão, mas somente certa norma de direito”.

³² Cf. Soares Martínez, ob. cit., p. 707.

³³ Soares Martínez, ob. cit., pp. 701-2.

³⁴ Cf. Soares Martínez, ob. cit., pp. 707-9.

sendo certo ser de basilar sabença que a isto não se resume o saber jurídico, eis que o mesmo é algo complexo, por exigir também o conhecimento da ciência, que com a técnica não se confunde³⁵.

De igual forma, tal concepção positivista e de estrito legalismo não se coaduna com as corretas diretrizes da verdadeira missão de julgar, que implica, necessariamente, a liberdade dos julgadores, pois a justiça dos julgamentos só se faz presente, enquanto independentes forem os juízes.

A aludida visão positivista macula a verdadeira missão de julgar, por ferir a independência dos juízes, na medida em que “reduz os julgadores à condição de funcionários, dependentes do poder legislativo, às vezes confundido com o executivo, que acaba por impor-lhes, afinal, a observância de ordens de serviço, desde que gerais e abstratas, revestindo determinadas formas. Tal visão, além de tolher aos julgadores qualquer meio de defesa dos administrados, face às injustiças e às incongruências das leis, muitas vezes avessa a regras fundamentais de direito, também deixa de solucionar todas as questões emergentes da necessidade de definição, de apuramento dos fatos aos quais as normas se aplicam”³⁶.

Com efeito, ausente a independência, a missão de julgar transforma-se em mero automatismo, pois os juízes nada mais serão que meros executores de ordens, o que, indubitavelmente, não corresponde à sua nobre função de distribuir justiça.

Ora, o compromisso do julgador é com a justiça, que só é alcançada se aquele que detém o poder de determiná-la e concretizá-la for completamente independente; o juiz, assim detentor de tal poder, tem que, efetivamente, ser livre, independente, em todos os níveis³⁷, inclusive em relação à lei, se

³⁵ Cf. item 1 supra, quando, com referência a Ulpianus, transcrevemos a lição do romanista português Sebastião Cruz.

³⁶ Soares Martínez, ob. cit., p. 702.

³⁷ Soares Martínez faz uma interessante abordagem a respeito da independência dos juízes, inclusive no que se refere ao fator econômico, pois assevera que “o juiz tem de dispor de um prestígio que, além de lhe facilitar a missão, lhe proporcione também satisfações pessoais, adequadas a minorar-lhe os sacrifícios. Não terão as judicaturas que constituir fonte de fácil, ou rápido, enriquecimento; mas, também no plano material, o juiz não pode sentir-se diminuído, designadamente face aos poderosos, que por ele hão de ser julgados. Não constituirá a situação material dos juízes remédio para a sua corrupção. O juiz iníquo, como o militar que pretenda usar da espada como fonte de renda, não será movido à honestidade por acréscimos de vencimentos, ou de soldos. Mas uma certa condição material será condicionante de vocações, e facilitará a continuidade dos propósitos honestos. Como permitirá a indispensável independência, e uma atitude de à-vontade com solidez bastante para resistir a toda a sorte de tentações. E não apenas as de ordem material. O juiz tem de sentir-se compensado, de todos os sacrifícios, incomodidades e riscos, que suas funções implicam, para serem exercidas com dignidade

esta se apresentar como obstáculo para o fiel desempenho de seu mister.

Para evitar mal-entendidos, seja aqui dito expressamente que não defendemos, em absoluto, o desrespeito à lei ou a gratuita negativa de sua vigência. O que nos parece inadmissível é o julgador se eximir da responsabilidade pelas injustiças e pelos conflitos humanos e sociais que muitas vezes decorrem de suas decisões, escudando-se sob o vetusto apotegma que enuncia ser o juiz “escravo da lei”.

Ora, a responsabilidade pelas conseqüências da decisão é, indubitavelmente, de quem a toma, não nos parecendo correto, ou mesmo ético, transferir tal responsabilidade para o legislador, até porque o comando dele emanado é de caráter geral e abstrato, não possuindo o mesmo condições de prever o resultado prático da aplicabilidade de tal comando frente a um determinado caso concreto, ante as suas especificidades. Só o jurista, o julgador, possui condições de analisar os efeitos da aplicabilidade de uma norma frente ao caso concreto.

Não se ignora que “o legislador vê necessariamente o caso individual como *um* entre *casos idênticos*. Não lhe interessa somente que esse caso *individual* seja decidido com justiça, mas também que todos os casos da espécie sejam decididos da *mesma* maneira, ou seja, segundo uma norma que, segundo as concepções do legislador, é de um modo geral justa e adequada ao seu objeto”³⁸.

Daí as críticas daqueles que se apegam à concepção de que o julgador deve ser um aplicador estrito da lei, sem responsabilidade moral pelas iniquidades que possam estar contidas, com maior ou menor evidência, em suas decisões. Dizem que o juiz não é legislador e que, se não obedecer rigorosamente à letra da lei, desaparece a uniformidade das decisões, objetivo almejado pelo legislador, destruindo-se a certeza do direito e, por

mínima. E parte dessa compensação deverá ter expressão material. Para a maior parte das pessoas não será possível exercer funções de tamanha delicadeza e dedicação, se não se sentirem rodeadas de alguns confortos materiais e, sobretudo, alheadas de preocupações prementes. Nem deverá negar-se ao juiz, de quem tanto se exige, a possibilidade de satisfazer gostos de algum requinte, relativamente dispendiosos, e de sustentar encargos de família compatíveis com esses mesmos gostos. As Repúblicas nunca gastam demasiado com seus juízes, quando conseguem que a justiça seja administrada a bom nível de dignidade”. (ob. cit., pp. 712-13).

³⁸ Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbekian, 1978 (tradução da segunda edição de 1969), p. 395.

consequência, provocando, em verdade, injustiças, pelo fato de que o mesmo dispositivo legal terá aplicações diferentes, dependendo das preferências e convicções de cada julgador³⁹.

As críticas são sérias, é verdade, e se constituem, efetivamente, em argumentos que dividem as opiniões dos estudiosos do Direito. Como antes consignado⁴⁰, a problemática pertinente às normas injustas é de extrema complexidade, inexistindo, no atual estágio da evolução do pensamento jurídico, soluções uniformes para a questão ora posta em tela.

Cientes de tal divergência e em que pese a autoridade de muitos que sustentam opinião em contrário, filiamo-nos à corrente daqueles que enxergam a justiça como escopo da missão de julgar, não resistindo as críticas acima enunciadas a uma análise mais detida frente à Ciência do Direito. Vejamos o porquê.

Que o juiz não é legislador, é um fato, sendo certo ainda que tampouco a dignidade e a nobreza do seu ofício, bem como a sua inarredável independência autorizam que o mesmo se substitua ao legislador, mas impõem, como leciona SOARES MARTÍNEZ, “que ele (juiz) seja dominado por preocupações de harmonização dos ordenamentos jurídicos, incompatíveis com a aplicação de normas improvisadas, casuísticas, que, em geral, ou em relação ao caso concreto, *sub judice*, ofendam a sensibilidade e a justiça. Nem de outro modo se entenderá qualquer esboço de divisão de poderes, com todas as reservas que suscitem em ordem a acautelar os administrados relativamente às leis clamorosamente injustas, ou desajustadas, que não sejam sentidas pela comunidade, ou se mostrem inadmissíveis, pelo consenso dos homens doutos, dos homens esclarecidos, entre os quais os juízes hão de incluir-se. Não terão os julgadores que sobrepor os seus critérios pessoais aos dos legisladores, nem pôr em causa preceitos geralmente acatados pelos povos, pela jurisprudência e pela doutrina, mas cabe-lhes evitar a aplicação de normas que, não se beneficiando desse acatamento generalizado, possam ferir interesses legítimos, ou repugnar à consciência comum. De outro modo, o juiz será reduzido à condição de mero executor de ordens tirânicas e absurdas, o que tem acontecido, mas cumprirá evitar”⁴¹.

³⁹ Cf. Dalmo de Abreu Dallari, ob. cit., p.51.

⁴⁰ V. item 1 supra - Apresentação do tema, p.6.

⁴¹ Ob. cit., pp.702-3.

Ademais, não se pode negar que “o legislador que empreende a tarefa de regular numa maneira “ampla” e “exaustiva” determinado setor da vida, só pode tomar aí em consideração *as* circunstâncias que existem, ou que ele pode prever, ao tempo da regulamentação. Com qualquer alteração significativa das circunstâncias, a sua “regulamentação geral” ou se torna incompleta e, portanto, necessita integração, ou revela-se inadequada em relação a determinados fenômenos, faz-lhes “violência”, ofende o sentimento de justiça. Não só a *interpretação*, também uma *integração e conformação* - que compreenda e se ajuste à matéria - da lei que até aí ainda era achada suficiente se torna então uma necessidade objetiva”⁴².

Neste passo, como assevera LARENZ, “o juiz, de modo semelhante ao legislador, é de acordo com a sua própria idéia, *descobridor* e ao mesmo tempo *conformador* do Direito, que ele traz sempre de novo para a realidade num processo *interminável* a partir da lei, *com* a lei e, caso necessário, também *para além* da lei”⁴³.

E assim efetivamente é, pois, como nos explica OSKAR BÜLOW⁴⁴, a lei não poderia, por si, compreender soluções lineares para os litígios possíveis, daí o porquê do jurista alemão asseverar que a atividade judicial não depende exclusivamente da lei, antes, pressupondo por parte do juiz, uma tarefa decisória criativa.

Não há como negar a natureza criativa de uma decisão judicial, pois o julgador, ao exercer a atividade de interpretar a lei, o faz, ainda que inconscientemente, com emprego dos tesouros de engenhosidade, objetivando a elaboração de uma justificação aceitável de uma situação existente. Nesta sua tarefa de estruturar a argumentação, que se consubstancia, em verdade, em esclarecer as razões de sua decisão, o intérprete não aplica os textos legais ao pé da letra, mas antes, volta-se para as finalidades da lei e para todos os demais elementos informadores do sistema jurídico.

Com efeito, o intérprete aplicador do direito, nunca se satisfaz com a norma por si só, isoladamente, pois preocupa-se com o seu conteúdo ético-jurídico e com a sua repercussão social, aprecia o seu sentido e suas

⁴² Karl Larenz, ob. cit., p. 271.

⁴³ *ibidem*

⁴⁴ Citado por Menezes Cordeiro, *Tendências Actuais da Interpretação da Lei: do juiz-autômato aos modelos de decisão jurídica*, Revista Jurídica - AAFDL, n.09 e 10, jan/jun. 1987, p.10.

finalidades, volta suas preocupações para as condições históricas em que surgiu e com o seu desenvolvimento na nossa época⁴⁵.

Conclui-se, assim, ante a realidade fática pertinente ao processo de realização do Direito, inexistir antítese entre interpretação judiciária da lei e criatividade dos juízes. “Encontra-se implícito, em outras palavras, o reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito legislativo está insito certo grau de criatividade”⁴⁶.

E assim é porque “por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu “texto”, ele será sempre, por assim dizer, *forçado a ser livre* - porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e *nuanças*, para a criatividade interpretativa. Basta considerar que as palavras, como as notas na música, outra coisa não representam senão símbolos convencionais cujo significado encontra-se inevitavelmente sujeito a mudanças e aberto a questões e incertezas”⁴⁷.

Relativamente a tais questões e incertezas, leciona MAURO CAPPELLETTI, que devem ser resolvidas pelo intérprete. “Deve ele preencher as lacunas, precisar as *nuanças*, esclarecer as ambigüidades”, concluindo o jurista italiano que, “na verdade, o intérprete é chamado a dar vida nova a um texto que por si só mesmo é morto, mero símbolo do ato de vida de outra pessoa”⁴⁸.

E este “dar vida nova a um texto legal”, tarefa do jurista, corresponde justamente ao processo de realização do Direito, de extrema importância, por representar o cerne da atividade jurisdicional, pois é função primordial do julgador dizer qual é o direito *in concreto*, quando alguém propõe uma ação postulando o reconhecimento de um interesse legítimo⁴⁹.

Durante muito tempo, uma compreensão formalista do Direito levou tal realização a equivaler a uma aplicação subsuntiva das normas, pois julgou-se possível reduzir a aplicação da lei à estrutura de um silogismo no qual a norma legal seria a premissa maior, a enunciação do fato, a premissa menor e a decisão da sentença a conclusão. À luz desses ensinamentos, ainda

⁴⁵ Cf. Karl Larenz, ob. cit., p. XIV (introdução).

⁴⁶ Mauro Cappelletti, *Juízes Legisladores?*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p.20.

⁴⁷ *ibidem*, p.22.

⁴⁸ *ibidem*.

⁴⁹ Cf. Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, 15ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1987, p.297.

hoje, como alerta MIGUEL REALE, não faltam processualistas imbuídos da convicção de que a sentença se desenvolve como um silogismo⁵⁰.

Ocorre que o automatismo subsuntivo era incapaz de promover uma realização idônea e integral do Direito, ante as inúmeras dificuldades resultantes deste método de realização, dentre as quais destaca-se, por relevante ao nosso estudo, a existência de soluções injustas, inconvenientes, ou, simplesmente, disfuncionais, perante o conjunto do sistema⁵¹.

Tem-se, pois, que a aplicação subsuntiva mostrava-se ineficaz como método para a correta realização do Direito, assim entendido como meio destinado à solução de casos concretos, eis que a atividade do julgador não se exaure na busca e no encontro de uma qualquer solução; esta, imperiosamente, como fator de pacificação do conflito que se apresenta, ante ao caso concreto que se analisa, há que ser sempre justa.

Em assim sendo, por insuficiência, operou-se o abandono efetivo do método de subsunção, a favor da aceitação da natureza cognitivo-volitiva da aplicação jurídica⁵².

Como leciona MENEZES CORDEIRO, “a concretização realizadora do Direito não radica em fases compartimentadas, com instâncias automáticas, mas num processo cognitivo-volitivo, isto é, numa decisão humana, baseada em determinados fatores”⁵³.

Com efeito, a solução jurídica não é fruto de uma operação automática, mas antes, resultado de uma decisão humana e, como tal, exteriorizadora da vontade de quem a toma.

O intérprete aplicador do Direito, ao apresentar uma solução para o caso concreto que analisa, não o faz (ou não deveria fazê-lo!) de maneira robotizada, simplesmente entregando aos interessados a lei que entende aplicável, eximindo-se das responsabilidades decorrentes da aplicação da

⁵⁰ *ibidem*.

⁵¹ Cf. Menezes Cordeiro, *Tendências actuais de interpretação da lei...*, cit., p.9. O autor faz completa e interessante análise das dificuldades intrínsecas e extrínsecas do automatismo subsuntivo. Quanto às dificuldades extrínsecas, além da consignada no texto, esclarece o professor que a subsunção automática soçobrava ainda em três outros pontos, há muito conhecidos: a ocorrência de normas vagas, indeterminadas, susceptíveis de concretização, apenas, no caso concreto; a incompletude do sistema com a subsequente existência de lacunas, intra e extra-sistemáticas e a presença de normas e de princípios em contradição, com torções e quebras intra-sistemática daí advenientes.

⁵² Cf. Menezes Cordeiro, *Estudos de Direito Civil*, cit., p. 213.

⁵³ *Tendências actuais de interpretação da lei...*, cit., p. 12.

mesma, despreocupando-se quanto ao resultado justo ou injusto porventura experimentado.

Pelo contrário!

O intérprete aplicador do Direito, ao apresentar uma solução para o caso concreto que analisa, o faz como resultado de meticulosa análise da realidade fática sobre a qual se instaurou o conflito, de detido estudo das fontes vocacionadas para a solução, que não se resumem nas leis, mas sim em todo o sistema jurídico, tudo objetivando o encontro de uma solução adequada, assim entendida como aquela capaz de proporcionar a pacificação ou, em outras palavras, uma decisão justa.

Não há como enxergar tal processo de realização do Direito sem o elemento volitivo, pois efetivamente a decisão final é resultado do conhecimento e da *vontade* do intérprete - aplicador, direcionada sempre ao alcance de uma solução adequada àquele caso concreto e, por ser adequada, como visto, necessariamente justa.

De igual forma, não há como negar que a tarefa do órgão judicante é *criadora*, por ser criativa a interpretação dada pelo julgador, pois ao aplicar a norma posta pelo legislador, o faz em outra dimensão, “dando vida nova”, viabilizando, por conseguinte, a efetiva concretização da justiça.

Conclui-se, pois, que não procedem as críticas formuladas pelas concepções positivistas no sentido de que o juiz não é legislador. Efetivamente não o é, mas isto não lhe retira a capacidade criadora do direito, decorrente do método de realização do Direito. E é com base neste método e limitado por ele que reside a atividade criadora do juiz, o que o diferencia, entre outras coisas, do legislador, pois quanto ao legislador, sua atividade criadora é exercida com muito mais liberdade.

Com efeito, inexistente controvérsia quanto ao fato de ser criativa a tarefa do juiz⁵⁴, mas há que se atentar que, embora, indubitavelmente, criador do

⁵⁴ Sobre a questão assim se manifestou Lord Radcliff na convenção anual da “Law Society” de 1964, citado por Mauro Cappelletti, ob. cit., p. 25: “jamais houve controvérsia mais estéril do que a concernente à questão de se o juiz é criador do direito. É óbvio que é. Como poderia não sê-lo?” Compartilhamos integralmente da opinião do jurista inglês, por entendermos que as discussões a respeito da criatividade dos juízes devem se ater ao grau da mesma e não à sua existência, por ser fato incontestável. A criatividade é tão presente que, por vezes, a jurisprudência se antecipa ao legislador. Veja-se, por exemplo, no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, a edição da súmula de número 380 do Supremo Tribunal Federal, que expressamente “criou” o direito dos concubinos em partilhar o patrimônio adquirido pelo esforço comum, comprovada a existência da sociedade de fato; eis que não havia previsão legal para tanto. Consolidado tal entendimento jurisprudencial, veio, posteriormente, o legislador, e regulamentou a matéria através da Lei da União Estável. De igual forma ainda é tratada a questão da alteração das circunstâncias em sede do direito brasileiro, pois inexistindo previsão legal, admite a jurisprudência a

direito, o juiz não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos⁵⁵.

Entendemos que a criatividade judicial encontra seus limites no que LARENZ chamou de “*consciência jurídica geral*”⁵⁶.

KARL LARENZ, quando de suas reflexões a respeito da “mediação entre a lei e a consciência jurídica geral como missão da jurisprudência”, assevera que “o juiz que interpreta ou integra uma lei almejará sempre julgar não só “segundo a lei” mas, para além disso, também “com justiça”. Mais adiante, esclarece-nos o jurista alemão que “isto não significa, porém, que nesse caso o juiz julgue apenas segundo o “*seu sentir*” ou até como subjetivamente “*bem lhe parece*”. É que a consciência jurídica de cada juiz forma-se por seu lado na base de critérios “objetivos” que ele fez seus, experimentou e pôs à prova sempre de novo em constante experiência judicial. Tais “critérios” são os *princípios* contidos nas próprias leis e acolhidas e desenvolvidas pela jurisprudência, os *valores éticos* reconhecidos na comunidade jurídica, a *natureza das coisas*, as reações mais ou menos inequívocas a certa espécie de comportamento por parte de todos os membros da comunidade, participantes no comércio jurídico, etc., em condições de julgar, os usos dum leal comércio negocial, a “adequação social”, as idéias comuns sobre a medida do “suportável” ou “exigível”, etc⁵⁷.

modificação dos contratos por força de circunstâncias imprevisíveis alterem a equivalência das prestações (Como se observa da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - RSTJ., v.23, p.329). A matéria, sob a epígrafe de onerosidade excessiva, encontra-se inserida no anteprojeto do novo código civil, ora em tramitação junto ao Congresso Nacional. Indiscutível, pois, a força criadora da jurisprudência.

⁵⁵ Cf. Mauro Cappelletti, ob. cit., p. 24.

⁵⁶ Ob. cit., p. 273. Registra-se, por necessário, que o autor faz questão de advertir que “por consciência jurídica geral não entendemos a consciência particular dum misterioso sujeito (seja o povo, a comunidade jurídica ou mesmo a classe dos juristas). Ela é, antes pelo contrário, sempre a consciência de muitos indivíduos, mas que, como tais, estão numa constante comunicação entre si, unidos por certas concepções comuns do que é “justo” e “equitativo” (o *consensus omnium*). É, portanto, uma consciência desses indivíduos *concordante* - numa medida larguíssima (ainda que nunca completa) - *no conteúdo*. A experiência, sobretudo a rápida adoção e reconhecimento de novos “princípios jurídicos”, quando chegou o “seu tempo”, ensina que uma tal concordância não pode ser mero resultado do acaso. Segundo pensamos, ela baseia-se em que certos valores “objetivos”, exigências, idéias, tornam-se, duma maneira concordante, no essencial, evidentes para os homens de uma determinada época - são vividos, sentidos, conhecidos e afirmados por eles -, uma vez que se verifiquem os pressupostos disso nas circunstâncias dadas e na capacidade de conhecimento e expressão da época. É o “espírito objetivo” que se faz valer na “consciência jurídica geral”- embora não exatamente da mesma maneira em cada um, mas sim com diferenças individuais. No traço predominante, na “orientação” da jurisprudência, reflete-se o movimento do “espírito objetivo”, o seu desenvolvimento no seu tempo”.

⁵⁷ *Ibidem*.

Do exposto, conclui-se que a atividade criadora do juiz encontra limites, eis que a sua vontade, corporificada na decisão, não poderá ser direcionada por critérios exclusivamente pessoais. O resultado da atividade do julgador, ou seja, sua decisão, tem que, obrigatoriamente, harmonizar-se com o conteúdo da consciência jurídica geral.

Assim entendida a natureza criativa da atividade judicial, percebe-se facilmente a possibilidade do julgador rechaçar a aplicabilidade de uma lei que, frente ao caso concreto, proporciona uma solução injusta, se assim for considerada pela consciência jurídica geral.

Afastadas encontram-se, pois, as críticas das concepções positivistas que preconizam que a atividade judicial se resume à estrita aplicação da lei para evitar as decisões calcadas tão somente nas preferências e convicções de cada julgador⁵⁸.

Por derradeiro, não procedem, de igual forma, as argumentações de natureza positivista no sentido que tal método que se consubstancia na interpretação criativa do direito leva ao desaparecimento da uniformidade das decisões e, por consequência, a destruição da certeza jurídica.

Ora, preliminarmente, tendo em linha de conta o consenso que reside no entendimento do Direito como meio destinado à solução de casos concretos⁵⁹, surge a dificuldade, que nos parece intransponível, de se reconhecer a existência de casos iguais, pois cada um apresenta as suas especificidades, o que impede o reconhecimento de uma igualdade absoluta.

De seguida, da tarefa dos juristas não se pode exigir a segurança e a certeza que revestem as tarefas daqueles que se dedicam à investigações de laboratório ou às formalizações matemáticas⁶⁰; a segurança jurídica é compatível com a complexidade dos fatos sociais.

Assim, embora a ciência jurídica “não possa alcançar certeza absoluta, matemática, chega à certeza moral, que consiste em elevado grau de possibilidade, cuja negação pelo espírito equivaleria a absurdo”⁶¹.

⁵⁸ Importante assinalar que, mesmo no contexto histórico cultural em que estas idéias prevaleciam, encontramos autores que contra as mesmas se insurgiam. Hans Reichel, por exemplo, já em 1915, defendia o posicionamento de que o juiz é obrigado, por força do cargo, a afastar-se conscientemente de uma disposição legal quando essa disposição de tal modo contraria o sentimento ético da generalidade das pessoas que, pela sua observância, a autoridade do Direito e da lei correria um perigo mais grave do que através de sua inobservância.

⁵⁹ Cf. Menezes Cordeiro, *Estudos de Direito Civil*, cit., p. 212.

⁶⁰ Cf. Miguel Reale, ob. cit., p. 322. No mesmo sentido, Karl Larenz, ob. cit., p. XIII - introdução.

⁶¹ João Del Nero, *Interpretação Realista do Direito e seus Reflexos na Sentença*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p. 91.

Tem-se, pois, que a alardeada certeza jurídica preconizada por orientações de cunho positivista é, na verdade, fictícia, eis que a certeza absoluta é inatingível no Direito.

De tudo que foi exposto, chega-se à inarredável conclusão de que a missão de julgar não pode ser vista de outro modo senão como trabalho científico. E se pelo método da realização do Direito se faz possível a exclusão da lei injusta, é porque o sistema sobre o qual se estrutura a ciência jurídica também a repele.

É o que veremos a seguir.

4. A Lei Injusta e a Ciência do Direito - O direito, enquanto ciência, não se confunde com o direito legislado: este é parte daquele, que se apresenta mais abrangente e com o mesmo não se confunde.

Tem-se assim que, na esfera jurídica, o conhecimento científico não se caracteriza pela simples noção do conteúdo e significado da norma. Pressupõe o conceito do objeto *Direito*, que é mais abrangente e compreende a visão unitária do sistema jurídico⁶².

Em assim sendo, frágeis são as argumentações que sustentam o discurso positivista e que se relaciona à questão da segurança jurídica e da independência dos poderes. E se diz frágeis, pois tais argumentações encontram-se inseridas no contexto de um discurso aparentemente científico, mas que na realidade não o é, na medida em que nega a própria natureza do seu objeto - o Direito -, ao restringi-lo ao conjunto de regras formalmente postas pelo Estado.

Ora, como leciona o professor MENEZES CORDEIRO, “a natureza cultural do Direito, herança irrepudiável da escola histórica, coloca a ordem jurídica na categoria das criações humanas, configuradas por evolução paulatina e por uma complexidade causal que as torna imprevisíveis e insubsumíveis em modelos rígidos de lógica formal”⁶³.

Neste passo, o verdadeiro discurso científico não pode ser restritivo, mas integral. O verdadeiro discurso científico não se apóia exclusivamente na lei: todo o processo de realização de Direito, portanto todos os fatores

⁶² Cf. Paulo Nader, *Filosofia do Direito*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 5.

⁶³ Menezes Cordeiro, *Introdução à Edição Portuguesa da obra de Canaris*, cit., p. LXI.

que interferem, justificam ou explicam as decisões jurídicas, devem ser incluídos no discurso juscientífico⁶⁴.

Perante um problema a resolver, não se aplica, apenas, a norma primordialmente vocacionada para a solução: todo o Direito é chamado a depor⁶⁵.

Desta forma, estruturando-se cientificamente a decisão, afasta-se o perigo da arbitrariedade, tornando-se possível, pois, sem macular a segurança jurídica, o afastamento das normas injustas pelo intérprete aplicador, ou, no dizer de ENGLISH⁶⁶, a correção do direito legislado incorreto.

Com efeito, ao realizar o Direito, ao concretizá-lo, o intérprete deve fazê-lo não de uma maneira autômata, mas sim de uma maneira sistemática, com método - requisitos essenciais e caracterizadores de qualquer conhecimento científico -, para satisfazer às exigências sociais.

Ademais, não se pode olvidar que as regras jurídicas, uma vez postas ou positivadas, produzem efeitos de maneira autônoma, atingindo não raro certos alvos ou objetivos que jamais haviam sido previstos por aqueles que as editaram, o que leva o jurista a interpretá-las com imaginação e criatividade⁶⁷, não de maneira arbitrária, mas com base nas sólidas estruturas da ciência - a decisão, como já consignado, fruto da interpretação criativa, deverá ser sempre cientificamente estruturada.

Reside aí, no nosso entender, a grande diferença da interpretação criativa para aquela fundamentada no pensamento do direito alternativo⁶⁸, eis que falece ao mesmo uma estrutura de caráter rigorosamente científico.

⁶⁴ Cf. Menezes Cordeiro, *Introdução...*, cit., p. XXIV.

⁶⁵ *ibidem*, p. CXI.

⁶⁶ *Introdução ao pensamento jurídico*, 7ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Goulbekian, 1996, Cap. VII - pp. 275 e segs.

⁶⁷ Cf. Miguel Reale, cit., p.321.

⁶⁸ Como nos esclarece Lédio Rosa de Andrade, “o Direito Alternativo ou Movimento do Direito Alternativo é um movimento de juristas, ou seja, um grupo de pessoas com certos objetivos comuns, que se organizaram, no Brasil, para produzir uma nova forma de ver, praticar e ler o Direito, a partir do ano de 1990. (...) O germe do Direito Alternativo pode ser identificado em alguns Juizes de Direito que judicavam descontentes no tempo da Ditadura Militar Brasileira e que se encontravam nas reuniões efetuadas pela Associação dos Magistrados Brasileiros, com o propósito de elaborar propostas ao Congresso Constituinte. (...) O episódio histórico responsável pelo surgimento do movimento “Direito Alternativo” ocorreu no dia 25 de outubro de 1990, quando importante jornal, denominado “Jornal da Tarde”, de São Paulo, veiculou um artigo redigido com a manchete “Juizes gaúchos colocam direito acima da lei”. A reportagem buscava desmoralizar um grupo de estudos criado por alguns Magistrados gaúchos, que, influenciados pelo movimento italiano pertinente ao uso alternativo do direito, falavam da possibilidade de criação de um Direito Alternativo. Ao contrário do desejado, a matéria jornalística

As considerações até agora consignadas não respondem, no entanto, à indagação de suma importância, que se refere ao questionamento quanto à base de tal discurso científico, que, em última análise, proporciona meios ao intérprete de afastar a aplicabilidade de uma norma injusta.

A resposta encontra-se na definição do sistema da ciência do direito.

Não nos podemos olvidar de que o conhecimento científico apresenta características que lhe são essenciais, dentre as quais a sistematicidade. Todo conhecimento, pois, para ser classificado como científico, necessita ser fundamentado, verdadeiro, metódico e, sobretudo, sistemático.

Assim, o trabalho desenvolvido pelo jurista não pode ser desprovido de tais características, sob pena de se ferir a cientificidade. A decisão, pois, deverá exteriorizar um conhecimento científico e, como tal, fundamentada, alcançada pela utilização de um método, tendo como base um sistema.

Neste passo, o sistema é, pois, a base de qualquer discurso científico em direito.

Não se desconhece que a idéia de sistema em direito provoca dúvidas e discussões. Não nos cabe, no entanto, no âmbito deste trabalho, aprofundarmos nesses aspectos. Basta, por ora, atermo-nos às conclusões obtidas por CANARIS⁶⁹ quanto à definição de sistema a sustentar um discurso pró-cientificidade do direito.

Em síntese apertada, sem a mínima pretensão de fazer qualquer apreciação da obra de CANARIS, mas tão-somente da mesma retirar idéias básicas, a título de premissas para elaboração de nossas próprias conclusões, podemos asseverar que referido jurista alemão, partindo da definição clássica de KANT, que caracterizou o sistema como “a unidade, sob uma idéia de

acabou dando início ao movimento no mês de outubro de 1990, sendo o primeiro encontro internacional de Direito Alternativo realizado na cidade de Florianópolis, Estado de Santa Catarina, nos dias 04 a 07 de setembro de 1991. Como proposta, apresenta o movimento os seguintes pontos teóricos comuns entre seus membros, destacando-se: a) não aceitação do sistema capitalista como modelo econômico; b) combate ao liberalismo burguês como sistema sócio-político; c) combate irrestrito à miséria da grande parte da população brasileira e luta por democracia, entendida como a concretização das liberdades individuais e materialização de igualdade de oportunidades e condição mínima e digna de vida a todos; d) uma certa simpatia de seus membros em relação à teoria crítica do direito. (*O que é Direito Alternativo*, QUÆSTIO IURIS - Revista Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, nº 02, maio/agosto 1997, seção temática). Como se vê, parece-nos que falece a tal movimento uma preocupação científica de aplicar o direito, eis que se observa pela sua proposta que o mesmo é voltado para uma ideologia de reformas sociais através do emprego do direito, possuindo, assim, no nosso entender, tal movimento, uma conotação política que foge da cientificidade que preconizamos para o estudo do direito.

conhecimentos variados” ou, também, como “um conjunto de conhecimentos ordenado segundo princípios”⁷⁰, culmina por apresentar a definição de sistema como uma ordem teleológica de princípios gerais de direito.

Na continuidade de seus estudos, assevera CANARIS que o sistema é aberto, ou seja, permeável a uma modificação.

De fato, o Direito, como realidade cultural, não é estático, pelo contrário, é de sua essencialidade o dinamismo, face à imperiosa necessidade de acompanhar as modificações dos fatos sociais.

Sem querermos adentrar nas distinções conceituais entre sistema objetivo e sistema científico⁷¹, até porque as modificações do primeiro seguem, fundamentalmente, as alterações do último, fato é que o jurista alemão admite que “os princípios gerais de Direito podem ter também o seu fundamento de validade para além da lei, na idéia de Direito, cuja concretização histórica eles largamente representam, e na natureza das coisas; por isso, ambos os critérios devem ser reconhecidos como fontes do Direito, subsidiárias em face da lei e do costume”⁷². Isto significa que, para além da lei e do costume, também podem conduzir a alterações do sistema aqueles princípios gerais de Direito que representam emanções da idéia de Direito e da natureza das coisas; em outras palavras, o sistema também pode se ver modificado ante a erupção de princípios gerais de Direito extralegais.

Entendo, pois, que tal questão se apresenta de extrema relevância para o tema em discussão, pois, ao admitirmos a ingerência de um direito suprapositivo na modificação do sistema sem que haja desconfiguração do mesmo, ou, por outras palavras, sem que haja mácula na ciência que o mesmo embasa, estamos igualmente admitindo que, cientificamente, possível se faz o afastamento de uma norma positiva tida como injusta, por se apresentar a mesma em contradição com o sistema agora modificado.

Levanta-se, assim, a problemática da correção do direito positivo através do suprapositivo.

Deflui das considerações consignadas que uma norma que se apresenta injusta é porque, em última análise, encontra-se a mesma em contradição

⁷⁰ Ob. cit. pp. 9-10.

⁷¹ Sobre tais distinções, vide Canaris, ob. cit., pp. 112 e seguintes.

⁷² Ob. cit. pp. 120 - 1.

com o sistema, assim considerado como a ordem de princípios gerais de Direito, princípios esses que podem ou não encontrar-se positivados.

Quando se diz “positivados”, é porque, geralmente, tais princípios encontram-se inseridos na Constituição (o da igualdade, por exemplo), enquanto os pertinentes ao direito supralegal são os que se apresentam transcendentais ao direito positivo: como os princípios supremos da justiça, do bem comum, da segurança jurídica, do direito natural, da moralidade etc.

Nesta ordem de idéias, quando da realização do direito, o intérprete aplicador deverá analisar todas as circunstâncias do caso concreto, inclusive as apreciáveis fora da esfera do direito positivo, mas que influências exercem sobre a decisão, atentando-se para as conseqüências da mesma, apreciando, ainda, o sentido da lei a ser aplicada, procurando a coerência da mesma com os princípios que informam o Direito, apegando-se a estes como razões de decidir, caso a norma seja, em relação aos mesmos, contraditória, e, por conseguinte, incapaz de traduzir uma solução justa.

Evidentemente que não se desconhece que a postura acima descrita é passível de críticas e invariavelmente questionada, sob o argumento de que o juiz não é legislador e, por conseguinte, não pode haver a quebra da independência dos poderes, adicionando-se, ainda, que, se for admitida a interferência do juiz na fixação do sentido da lei, haverá o estabelecimento da incerteza, bem como uma lei diferente para cada juiz, e o resultado será injusto, pois casos iguais serão julgados de maneira diferente⁷³.

Tais argumentações não procedem. A alegada incerteza é só aparente, pois, se a decisão que nega a aplicabilidade de uma lei for cientificamente estruturada, a certeza jurídica não será alvejada, até porque se sabe que é a mesma compatível com a complexidade dos fatos sociais⁷⁴, inexistindo, pois, em termos de ciências jurídicas, a possibilidade de uma certeza matemática.

Da mesma forma, não há que se falar em injustiça de resultado em razão de casos iguais serem julgados de maneira diferente. Ora, em verdade, não se pode falar na existência de casos iguais, pois cada caso apresenta as suas particularidades, o que impede o reconhecimento de uma igualdade

⁷³ Tais idéias refletem a concepção positivista, cuja crítica já se fez no item 3 supra - A missão de julgar -, que aqui se reproduz sucintamente, face a relevância do tema.

⁷⁴ Cf. Miguel Reale, ob. cit., p. 322.

absoluta. Ademais, mesmo admitindo-se esta hipótese, o problema facilmente se resolve pelas vias recursais, em busca de uma uniformização de entendimento. Por fim, não podemos olvidar que a igualdade frente à lei, em verdade, não se revela em igualdade de tratamento, pois as evoluções das teorias jurídicas e sociais nos mostram que o Direito tende para tratar o igual de modo igual e o diferente de modo diferente, de acordo com a medida da diferença⁷⁵.

Por derradeiro, não há que se falar na quebra do princípio da independência dos poderes. Ao interpretar, o juiz faz o seu papel, e se a solução concretizada, fruto de sua interpretação, por acaso for contrária àquela prevista pela lei, é porque justamente se conservou o princípio da independência dos poderes. A construção muito difundida de que o juiz é escravo da lei é a que, na verdade, e por mais paradoxal que possa parecer, exterioriza a quebra do princípio da independência dos poderes. Ora, o juiz é membro de um poder independente, e, como tal, deve agir, deve ser. O intérprete só poderá ser justo se for independente. Um juiz não pode ser escravo de ninguém, nem de nada, nem mesmo da lei. O compromisso do juiz é com o Direito, com a concretização da justiça. Seu mister é distribuir a justiça. O tribunal a que pertence é de justiça e não de mera legalidade.

Por outro lado, na maioria dos ordenamentos jurídicos constata-se não haver razões a justificar a também muito divulgada idéia de que o legislador prendeu o juiz em uma camisa-de-força e não lhe deu meios para agir com alguma liberdade na procura da solução legal e justa dos conflitos jurídicos.

No caso do Brasil, por exemplo, constata-se na Lei de Introdução ao Código Civil que a mesma estabelece, em seu art. 5º, que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Como está bem claro, o juiz não só pode, mas, na realidade, deve procurar alternativas de aplicação que, consonante com os princípios gerais do Direito, estejam mais próximas da concepção de justiça vigente no local e no momento da aplicação⁷⁶.

Tendo em linha de conta o ordenamento jurídico português, poder-se-ia argumentar, em tese, a total impossibilidade da realização do Direito

⁷⁵ Cf. Menezes Cordeiro, *Introdução...*, cit., p. LXII.

⁷⁶ Cf. Dalmo Dallari, ob. cit., p. 97.

consoante as considerações até agora formuladas, face ao preceito do item 2 do art. 8º do Código Civil, que enuncia que “O dever de obediência à lei não pode ser afastado sob pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo”.

Ocorre que tal preceito, ante o sistema que embasa a ciência jurídica, não pode ser interpretado com o rigorismo que alguns querem lhe emprestar, sendo sempre atual a lição do jurista EDUARDO CORREIA, que, em artigo inserido na Revista de Legislação e Jurisprudência, publicada no ano de 1963/64 (ano 96, pp. 377 - 82), ao comentar o art. 110, nº 02, do então estatuto judiciário que dispunha regra idêntica, alerta-nos que a mesma não quer impor aos juízes que cumpram leis contrárias à moral ou à justiça, asseverando o seguinte: “O que ele (artigo) porventura tão-só visa a dizer é ser vedado ao juiz o poder de se recusar a aplicar a lei sob o *pretexto* de que ela lhe parece imoral ou injusta. Pretexto, porém, tem o significado de “razão ou fundamento *suposto* ou *imaginário*”; de *desculpa*. O que a aludida disposição parece, pois, querer evitar é que uma falsa razão seja fundamento para se não aplicar a lei. E será uma falsa razão *parecer* pessoalmente ao juiz que ela é imoral ou injusta. Por outras palavras, o legislador pretenderá tão-só com a aludida norma afastar o subjetivismo do julgador a substituir-se à justiça legal, a mundividência ou concepção do mundo do intérprete à da lei: nunca, porém, a sobreposição da norma legal à justiça objetiva, ao direito imposto pela natureza ou estrutura das coisas...”

Do exame das considerações ora trazidas à baila, conclui-se, ao menos a nosso ver, quanto à possibilidade real de incidência de uma norma que se apresenta injusta, e, em razão de tal motivo, passível de ser rechaçada pelo intérprete através da realização do Direito estruturado cientificamente.

Frente a casos concretos, ante a incidência de normas inadequadas, por provocarem soluções injustas, as jurisprudências dos tribunais superiores tendem, no entanto, a evitar um julgamento manifestamente *contra legem*, preferindo fundamentar as suas decisões em outras latitudes já consagradas, como na interpretação restritiva ou mesmo na analogia⁷⁷.

Seja como for, possível se faz encontrar alguns exemplos de correção jurisprudencial de leis injustas.

Vamos a eles.

⁷⁷. Cf. Karl Engisch, ob. cit., p. 341.

5. Jurisprudência - Antes de passarmos aos exemplos jurisprudenciais, impõe-se esclarecimento preliminar no sentido de que a pesquisa jurisprudencial se deu exclusivamente face ao ordenamento jurídico brasileiro, quiçá pela maior desenvoltura da mesma perante a lei, em razão de fatores histórico-culturais.

Com efeito, como nos esclarece OLIVEIRA ASCENSÃO, no Brasil, “a veneração ideológica da lei coexiste com o seu desrespeito frequente”⁷⁸.

Leciona renomado professor que, para a correta compreensão de tal assertiva, “temos de remontar ao jusracionalismo vigente ao tempo da independência do Brasil. Por força dos pressupostos deste, as leis, fruto da reta razão, deveriam ser iguais em todos os tempos e em todos os lugares. As leis européias deveriam por isso ser aplicadas também na América. A uniformidade das leis, hoje criticada, representava na época o último grito da modernidade, por força de concepções a que o Brasil nascente aderiu fervorosamente. Portugal não levou às últimas consequências esta homogeneização, e teve sempre legislação especial, pensamos que mais acentuadamente até que os outros países colonizadores. Não obstante, muitas leis que correspondiam à situação européia, mas nunca à brasileira, estavam em vigor no Brasil. Isso teve como consequência a diminuição da valia efetiva da lei. À inadequação desta reagiu-se passivamente com a inobservância. A prática conseguiu assim uma acomodação, de que a vítima foi o império da lei, na pureza que os romanos nos haviam transmitido. As vicissitudes históricas, com a afirmação de poderes locais que se colocavam acima da lei, acentuaram essa maneira de ver. Desenvolvem-se formas sistemáticas de fuga ou distorção da lei. Mesmo os tribunais não tomam a vinculação à lei com o mesmo caráter que é próprio do continente europeu”⁷⁹.

Para facilitar a exposição das decisões recolhidas, procedemos a uma divisão em grupos ou uma classificação quanto ao tempo e modo em que uma norma pode se fazer incidir de maneira injusta. Em assim sendo, uma norma pode nascer injusta, tornar-se injusta ou apresentar-se injusta.

Quanto às **normas que nascem injustas**, são aquelas que surgem no mundo jurídico já manifestamente contraditórias com o sistema então exis-

⁷⁸ *O Direito - Introdução e Teoria Geral, Uma Perspectiva Luso-Brasileira*, 10ª edição, Almedina, Coimbra, 1997, p. 308.

⁷⁹ *ibidem*.

tente, sem possuir o condão de modificá-lo. É o caso, por exemplo, de uma hipotética lei que venha a restringir o mercado de trabalho para a mulher ou que autorize salários diferenciados em relação ao homem. Ora, o comando inserto nessa hipotética lei colide frontalmente com os princípios que informam o sistema, notadamente o da igualdade, sendo certo, ainda, que lhe falece qualquer respaldo no Direito suprapositivo a autorizar a modificação deste mesmo sistema, que, por consequência, a repele.

Estas situações geralmente não oferecem muita dificuldade, existindo mecanismos já uniformemente aceitos para a neutralização de textos legais desta ordem, como as declarações de inconstitucionalidade.

Outro exemplo, já agora real, e que a inconstitucionalidade não se apresenta tão manifesta, é o que se refere à legislação previdenciária do ano de 1991⁸⁰, que exige, no comando do parágrafo 3º de seu art. 55, a indispensabilidade da comprovação, por meio de documentos, da atividade laborativa exercida no passado, para fins de obtenção de aposentadoria por tempo de serviço.

Tal norma, no nosso entender, já nasceu conflitante com as orientações que autorizam o livre convencimento do juiz frente às provas produzidas, eis que inexistia hierarquia entre as mesmas, não havendo como se exigir, pois, uma maior valoração da prova documental em relação à testemunhal ou qualquer tipo de outra.

O mais interessante, no entanto, é que tal norma se apresenta flagrantemente conflitante com a realidade da vida, pois notório é o fato, dentro da realidade da sociedade brasileira, que, há 20 ou 30 anos, trabalhadores rurícolas não possuíam qualquer documentação. A própria lei da época dispensava os mesmos da obrigatoriedade de possuírem carteira de trabalho. Analfabetos, em sua maioria, viviam como colonos em regime de economia familiar, em terras do fazendeiro, exercendo a labuta diária a troco de módica remuneração, quando não era em câmbio exclusivamente de casa e comida.

Ora, o comando da norma se apresenta, assim, injusto, ante a total impossibilidade de atendê-lo. O legislador olvidou a realidade social preexistente à data da elaboração da lei, que nasceu conflitante com a própria realidade da vida.

⁸⁰. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

Muitos juízes, então, objetivando a correção do Direito legislado incorreto, têm negado a incidência desse artigo quanto se trata de trabalhadores rurícolas, admitindo-se, por consequência, a prova exclusivamente testemunhal para comprovação do tempo de serviço.

O Superior Tribunal de Justiça tem prestigiado essas decisões, como se observa do pronunciamento do Ministro ADHEMAR MACIEL, quando do julgamento do Recurso Especial de nº 41.110-6-SP: “...*esse dispositivo tem que ser interpretado **cun grano salis**. Ao Juiz é que caberá, dentro de seu livre convencimento, em cada caso, tomar como provado ou não o fato deduzido em Juízo. Todos nós que conhecemos a vida dos bóias-frias, sabemos que é praticamente impossível a qualquer deles, por meio de documentos, provar que trabalhou para alguém no campo. O preceito legal, tenho para mim, embora factível no meio urbano, dificilmente o será no rural...*”

Outro exemplo similar pode ser encontrado em sede de Direito de Família.

Diz o art. 258 do Código Civil, que se refere às disposições gerais do regime dos bens entre os cônjuges, que “não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial”, sendo certo que o parágrafo único de mencionado dispositivo legal excepciona tal regra ao determinar a obrigatoriedade do regime da separação de bens, portanto, independentemente da vontade dos contraentes, no casamento realizado consoante as hipóteses que elenca: das pessoas que celebram o casamento com infração aos impedimentos proibitivos, do órfão de pai e mãe, de todos os que dependem, para casar, de autorização judicial etc. São hipóteses, pois, que estabelecem o chamado regime de separação legal de bens.

Buscando a fundamentação para a imposição do regime da separação de bens em casos tais, esclarece-nos a doutrina, pela voz do culto SILVIO RODRIGUES, que “estas regras foram prescritas pelo legislador tendo em vista as classes mais ricas da população, havendo ele se olvidado, ao que parece, de que a maioria brasileira é composta de gente de escassos recursos. Por isso, tal solução atuou em sentido contrário daquele almejado pelo legislador. A quase totalidade dos casamentos realizados após a obtenção de autorização judicial é de gente pobre, que nada possui ao tempo do enlace. Se o casal depois enriquece, e como em geral os bens de raiz são adquiridos em nome do marido, a mulher chega, ao fim da vida, pobre, ao

contrário de seu consorte, em cujo nome se encontram os haveres ganhos pelo esforço comum”⁸¹.

Continuando, assevera textualmente o renomado civilista: “É flagrante a injustiça. Para remediá-la, a jurisprudência chegou à interessante solução, que, no entanto, se afasta inteiramente da letra da lei”⁸².

Vejam, pois, como se deu a atuação da jurisprudência.

Dispõe o art. 259 do Código Civil que “embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento”.

Isto quer dizer que, na escolha do regime de separação absoluta, faz-se indispensável a consignação, no respectivo pacto antenupcial, de duas declarações, quais sejam que os nubentes escolheram o regime de separação de bens e que os bens aqüestos também não se comunicarão.

Tal dispositivo legal, a toda evidência, aplica-se exclusivamente ao regime convencional de separação de bens, sendo certo que autores de peso, como BEVILACQUA e PONTES DE MIRANDA, sustentaram a tese de inaplicabilidade do art. 259 ao regime obrigatório (ou legal) da separação de bens, tendo assim se posicionado, num primeiro momento, a jurisprudência, afastando a possibilidade da comunhão dos aqüestos em casos tais.

Ocorre que o princípio da incomunicabilidade dos aqüestos teve sua rigidez mitigada pela idéia de que, entre os cônjuges, embora casados pelo regime da separação absoluta de bens, vem estabelecer-se uma sociedade de fato e os bens havidos em comum pertencem à comunidade. Levanta-se, pois, a bandeira de que no casamento existe uma *affectio societatis*, ou seja, uma conjugação de esforços, e se se permitisse que só um dos esposos recebesse o ganho, facultar-se-ia um enriquecimento indevido, o que é vedado pelos princípios gerais de Direito.

Em face de tais motivos, iniciou-se o entendimento da possibilidade da comunhão dos adquiridos também nos casos da separação legal de bens, contemplados pelo já mencionado parágrafo único do art. 258 do Código Civil, a despeito de tal artigo determinar justamente o contrário.

Operou-se, então, ante o reiterado posicionamento jurisprudencial, a edificação da Súmula 377, do Supremo Tribunal Federal, que enuncia que

⁸¹. *Direito Civil - Direito de Família*, 21ª edição, São Paulo, Saraiva, 1995, v. 06, p. 165.

⁸². *ibidem*.

“no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Deu-se, assim, no nosso entender, uma realização do Direito por interpretação criativa, pois tal Súmula vem, em última análise, no dizer de ENGLISH, corrigir o direito legislado incorreto, ante a flagrante injustiça que o parágrafo único do art. 258 encerra.

Pelo exposto, constata-se que tal Súmula se edificou, ante a prevalência sobre a norma, do princípio geral de Direito que veda o enriquecimento sem causa, o que é cientificamente correto e aceitável, pois apresenta a ciência do Direito um sistema aberto, permitindo, inclusive, ingerências de fundamentação de ordem sociológica e histórica a explicar o afastamento da norma, por injusta, já que não revela a mesma, corretamente, as relações da vida, uma vez que ignorou o legislador, quando da sua feitura, a realidade social que o cercava. Assim, para a concretização da justiça e conseqüente edificação da Súmula, todo o Direito foi chamado a depor, pois, socorrendo-se de princípios pertinentes ao Direito societário, construiu-se uma solução jurídica no âmbito do Direito de Família, mais condizente com a realidade social, com os princípios gerais do Direito e com valor de justiça.

A Súmula 377, pois, em verdade, não nega a lei, mas a corrige, adequando-a à realidade social de seus destinatários, expurgando um comando que se apresenta contraditório com o sistema que embasa a ciência do Direito.

A **norma torna-se injusta** quando envelhece, quando perde a razão de ser.

É o caso, por exemplo, do art. 219, inciso IV, do Código Civil brasileiro, que autoriza a anulação do casamento em caso de defloração da mulher ignorado pelo marido. Ora, tal dispositivo, aceito pela mentalidade então vigente no início do século, data da promulgação do Código (1916), já não encontra espaço para aceitação na sociedade contemporânea.

A norma tornou-se injusta, pois discrimina a mulher na questão sexual, tornando-se conflitante com o princípio da igualdade. Aliás, curioso é um dos vários Acórdãos que se posicionaram neste sentido, pois para justificar o afastamento da incidência de tal norma, apela para o princípio da igualdade, consagrado pela Constituição Federal, sob o argumento de que “*não sendo possível a verificação da virgindade do homem, constituiria tratamento desigual exigi-la da mulher*”⁸³.

⁸³ Revista Forense 327/304 e Revista dos Tribunais 711/172.

Igualmente injusta é a determinação contida no art. 10 da Lei nº 6.515/77, mais conhecida como “Lei do Divórcio”, que estabelece que “na separação judicial fundada no art. 5º (separação litigiosa), os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa”.

Ora, tal dispositivo tornou-se extremamente injusto em razão da evolução dos costumes nas duas últimas décadas, sendo fato inegável que o mesmo está, em verdade, a penalizar os filhos.

A despeito da disposição do art. 13 da mesma lei, que autoriza o juiz a estabelecer a guarda diferentemente da forma ordenada no art. 10, *se houver motivos graves*, a jurisprudência vem entendendo, na generalidade dos casos, sem atentar que o legislador criou tão-somente uma exceção em casos de motivos graves, em assegurar a guarda dos filhos ao cônjuge que melhor atender aos interesses dos mesmos, independentemente da culpa. Em outras palavras, o que prevalece é o interesse da criança, o que faz com que, mesmo inexistindo motivos graves, a mesma poderá ficar sob a guarda do cônjuge culpado.

É o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça: “*a mulher culpada pela separação do casal pode ficar com a guarda do filho menor, se assim for julgado mais conveniente aos interesses da criança, que é o valor fundamental a preservar*” (STJ - 4ª Turma - Recurso Especial 9.389-0-SP - Relator Ministro Rui Rosado).

A **norma apresenta-se injusta** quando, frente ao caso concreto e somente em relação a um específico caso concreto, a mesma não resolve, satisfatoriamente e com justiça, o problema apresentado.

São as hipóteses mais interessantes, pois não revestidas do caráter de generalidade que as anteriores apresentam. Aqui, ao contrário, a norma subsiste frente à generalidade dos casos, mas se apresenta conflitante tão-somente frente a um determinado caso.

Tomemos como exemplo um fato que ocorreu na Comarca na qual exercemos nossas atividades judicantes.

Certo cidadão viu-se processado por crime de furto de peças de lavatório de uma loja em que trabalhava. O fato se deu no ano de 1991. Ao término da regular instrução criminal, em 1995, prolatou-se a sentença condenatória. Anote-se, para esclarecimento, que não era caso de furto privilegiado e tampouco ocorrera a prescrição. O réu tinha antecedentes, eis que condenado anteriormente por infração ao art. 16 da Lei de Tóxicos (uso de entorpecente), onde se viu beneficiado pelo *sursis*.

Ocorre que, entre a data do fato e a condenação, o réu se ressocializou. Mesmo sofrendo as amarguras de uma demissão por justa causa, com dificuldades conseguiu se reerguer, casando-se, tendo filhos, encontrando emprego lícito, comportando-se adequadamente ao convívio social. Já havia cumprido as condições do *sursis* em razão da condenação anterior (Lei de Tóxicos), e o fez com regularidade. A pena imposta nessa primeira condenação não tinha sido ainda declarada extinta, face o comando do art. 81 do Código Penal, que exige a prorrogação automática do prazo em caso de encontrar-se respondendo o beneficiado a outra Ação Penal, revogando-se mesmo tal benefício se sobrevier nova condenação.

Pois bem, com efeito, como visto, sobreveio nova condenação. A condenação foi de 02 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, ante a impossibilidade legal de ser concedido ao réu novo *sursis*, face a condenação anterior, quando já gozou de tal benefício.

Interessante que, quando da apreciação do recurso, tendo em vista a ressocialização do réu, realidade fática essa exteriorizada pelos autos, entendeu o tribunal que o condenado “*já foi severamente punido com a demissão por justa causa, sendo difícil conseguir outro emprego numa Comarca como Natividade, onde todos se conhecem*”, e, fazendo constar da ementa do Acórdão que “*a demissão por justa causa após a recuperação dos bens, pode ser considerada como pena quando o fato ocorre em cidade pequena, onde todos são conhecidos, não permitindo ao réu conseguir outro emprego*”, reduz a pena aplicada e, a despeito dos antecedentes, concede ao réu novo *sursis*.

Ressalte-se que essa decisão é, sem sombra de dúvidas, de natureza condenatória, o que levou o representante do Ministério Público a requerer, com base no art. 81 do Código Penal⁸⁴, a revogação do *sursis* concedido na primeira Ação Penal a que o réu respondeu, o que o levaria ao cárcere. Assim é a lei.

No entanto, face o posicionamento do tribunal no segundo processo, que entendeu por considerar como pena a demissão por justa causa, em razão das particularidades do caso, entendemos, por conseguinte, que a revogação do *sursis* anteriormente concedido era conflitante com a decisão da superior instância e que não cabia mais a aplicabilidade do art. 81. Afastamos

⁸⁴. Art. 81: A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário: I) é condenado, em sentença irrecorrível, por crime doloso.

do caso concreto a incidência de referido dispositivo legal, por o mesmo apresentar uma solução inadequada, eis que injusta, na medida em que foi o réu beneficiado em condenação subsequente pela suspensão condicional da pena, não nos parecendo coerente agravar a sua situação em razão de fato anterior, notadamente ante a sua comprovada ressocialização.

Afastado o comando inserto no art. 81 do Código Penal, foi, na primeira Ação Penal, declarado o cumprimento da pena, extinguindo-se a respectiva execução, por medida de justiça.

A título de conclusão, ante todas as considerações neste consignadas, entendemos que, no estágio atual da evolução do pensar jurídico, entregamos a ciência do Direito instrumentário suficiente para, cientificamente, autorizar o intérprete aplicador do Direito a afastar as normas maculadas pela injustiça...Resta, àqueles que têm a honrosa missão de julgar, tão-somente encontrar a coragem dos juízes romanos, que, introduzindo com termo erudito a palavra *derectum* para significar Direito, a contrapor a *itus novum*, que significa constituições imperiais, recusavam-se a aplicá-las, quando injustas, por contrárias ao Direito, mesmo que essa atitude lhes acarretasse consequências gravíssimas, como perda do cargo, desterro a até pena de morte⁸⁵. ◆

⁸⁵. Sebastião Cruz, ob. cit., p. 32.